

ALCANCES Y LÍMITES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Especial referencia a la tutela de los derechos sociales

Willman Ruperto Durán Ribera*

SUMARIO: 1.- Antecedentes del Estado Liberal y del concepto Derechos Humanos. 2.- Estado Liberal y Derechos Humanos. 3.- Estado Social de Derecho y Derechos Humanos. 4.- Estado Socialista y Derechos Humanos. 5.- Ámbito de protección del amparo constitucional. 5.1. Derechos y garantías tutelados mediante el amparo constitucional. 6.- El rol de la Justicia Constitucional. 7.- Conclusiones

1.-Antecedentes del Estado Liberal y del concepto Derechos Humanos.

Los orígenes del Estado moderno están en el Estado absoluto, caracterizado por la concentración de la totalidad del poder en el Rey o Emperador, el cual encontraba legitimidad en la representación divina que ostentaba¹.

La aparición del Estado de Derecho como Estado Liberal de Derecho y sus posteriores transformaciones, entre ellos, el reconocimiento de determinados derechos y garantías, responde a las relaciones globales -condicionadas decisivamente por las relaciones socioeconómicas²- de los grupos integrantes de la sociedad sobre la que este modelo de Estado se proyectó.³

Ello explica por qué los derechos humanos, históricamente, surgen como un límite al poder político, y encuentran sus orígenes más remotos en los privilegios otorgados a gremios, a clases sociales o a la burguesía de las ciudades; privilegios que se plasman en textos jurídicos como la Carta del Rey Alfonso IX otorgada a las

Cortes de León en 1188, o en Inglaterra, en la Carta Magna de Juan sin Tierra, de 1215.

* Es doctorado en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal Español, Parte general, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pág.44.

² Véase E. Díaz, Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1973, pág. 170 y ss.

³ LASCURAÍN Sanchez, Juan Antonio, La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, Editorial Civitas S.A., Madrid, pág. 7.

El paso de esos privilegios, que antes eran de algunos grupos, a la categoría de derechos con un destinatario genérico, tuvo diversas causas, que según un influyente sector de la doctrina, comprenderían las siguientes: **1)** El sistema económico y el protagonismo de la burguesía **2)** El cambio del poder político **3)** El cambio de mentalidad impulsado por el humanismo y la reforma **4)** La cultura: la secularización, el naturalismo, el racionalismo y el individualismo **5)** La ciencia y **6)** El derecho⁴.

Las condiciones descritas posibilitaron que se llegue a acuerdos sobre los derechos fundamentales; empero, el punto de partida será el disenso sobre la situación de la Monarquía absoluta, pues los planteamientos individualistas de la burguesía no podían ser desarrollados en un marco político cerrado⁵. Así, cuando la burguesía consolidó su fuerza social, necesitó abrir horizontes políticos, por lo que impulsó el disenso, junto con humanistas, funcionarios, científicos, sectas religiosas, etc. Fue una etapa de desconfianza y rechazo del poder absoluto, arbitrario, que actuaba por encima de la ley y, en consecuencia, debía construirse una filosofía que limitase, regulase y racionalizase ese poder, que permitiría el surgimiento del Estado liberal y del derecho positivo de los derechos fundamentales. En estas circunstancias, el Juez Coke, Locke, Montesquieu y Voltaire, elaborarían una teoría coherente sobre el origen, el ejercicio, los límites y los fines del poder.

Para la nueva concepción, el pueblo es el titular de la soberanía, quien la delega al gobernante a través de diferentes modalidades. Esta delegación es reversible, y su continuidad dependerá del cumplimiento de los fines que se le asignan: seguridad y defensa de los derechos naturales, pues son éstos y su protección, la causa del pacto y el límite del ejercicio del poder.

2.- Estado Liberal y Derechos Humanos.

En el siglo XVII, van surgiendo derechos que parten de los viejos privilegios medievales, desde la Carta Magna de 1215 (Inglaterra), hacia adelante. Son derechos que surgen de la preocupación de limitar la prerrogativa regia, respecto al ejercicio del poder, tanto en el sometimiento a la ley como en la separación de poderes. Así se suprimen tribunales reales y se aprueban textos como la “Petition of Rights” (1628), el acta de “Habeas corpus (1679), el “Bill of Rights”, (1689). En Inglaterra se pretendió garantizar el pensamiento y la imprenta, la seguridad personal, las garantías procesales y la participación

⁴ PECES-BARBA, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid, boletín oficial del Estado, Madrid, 1999, pág. 113.

⁵ Ibidem, pág. 139

política. Este último derecho tuvo un lento desarrollo, hasta que se configuró definitivamente en la reforma electoral de 1832, cuando la burguesía empezó a participar políticamente⁶.

Lo anterior confirma lo sostenido por la doctrina, en sentido de que la expresión derechos humanos es un concepto histórico, propio del mundo moderno, toda vez que las “ideas que subyacen en su raíz, la dignidad humana, la libertad o la igualdad, por ejemplo, sólo se empiezan a plantear desde los derechos en un momento determinado de la cultura política y jurídica”⁷, y si bien antes existían ideas de dignidad, libertad y de igualdad, que eran discutidas y analizadas por autores como Platón, Aristóteles o Santo Tomás, esas ideas no lograron unificarse en el concepto de derechos humanos.⁸

Fue la Revolución Francesa, la que simbolizó la ruptura frontal con el Antiguo Régimen absolutista, y el comienzo de los regímenes liberales, instaurándose el Estado de liberal o de Derecho, por el cual se establece, de un lado, la división de poderes frente a la concentración del poder en el monarca absoluto y, de otro, la garantía de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; esto es, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, y también, el principio de igualdad, previsto en el art. 1 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.⁹

Conforme a lo anotado, el Estado liberal apunta al **aspecto negativo de la libertad**, en sentido de que los ciudadanos son libres frente al poder del Estado, garantizándose una esfera de libertad para el individuo, intangible para el Estado, y reconociendo límites en la actividad estatal. Esto implica que el Estado debe abstenerse de intervenir en la libertad del individuo y, no sólo eso, sino que además debe garantizar que la misma será protegida por la ley, como expresión de la voluntad general.

Como consecuencia de lo anotado, los derechos protegidos por el Estado liberal, generan obligaciones negativas para el Estado, “lo que implica que éste no debe ni puede invadir la esfera de la libertad de la persona¹⁰”. Estos derechos responden a la concepción liberal del hombre, y son los derechos a la vida, la propiedad y, fundamentalmente, a la libertad, que se manifestaba en

⁶ Ibidem, pág. 147

⁷ Ibidem, pág. 113.

⁸ Ibidem, pág. 113 y 114.

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, El sistema constitucional español, Editorial Dykison, 1992, pág. 40.

¹⁰ RIVERA Santivañez, José Antonio, Jurisdicción Constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia. Segunda edición, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, Bolivia, pág. 380.

múltiples derechos: libertad de conciencia y religión, libertad de oposición, libertad de reunión, de asociación, libertad personal y libertad del trabajo.

De ese modo, lo que en sus orígenes fue concebido como una aspiración de la comunidad, desde su configuración primigenia en el Bill of Rights de 1689 en Inglaterra; en la Declaración de Virginia de 1776, y fundamentalmente, según nuestro entendimiento, en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, contemporáneamente se constituye en el sustrato básico imprescindible de todo Estado que se adjective de Derecho; de tal manera que ahora, para que un Estado pueda llamarse como “de Derecho”, deben llenarse al menos unos estándares mínimos exigibles; entre los que se encuentra, la subordinación de la legislación a un ordenamiento de valores en que esa sociedad desea y quiere vivir, expresado a través de un consenso básico en su Constitución; consenso que al menos debe abarcar: 1) el reconocimiento de los derechos contenidos en la Declaración de la Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y 2) el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966.¹¹

3.- Estado Social de Derecho y Derechos Humanos.

La principal crítica que se realiza al Estado de Derecho Liberal, radica en la insuficiente materialización de los derechos humanos; en la protección privilegiada de ciertos derechos como la libertad, en desmedro de la igualdad y la propiedad colectiva. Esta concepción de Estado intenta ser sustancialmente transformada con el advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho y el constitucionalismo social; modelo de Estado en el que los derechos de corte liberal son complementados “...con los derechos basados en el valor igualdad, denominados derechos económicos, sociales y culturales o de segunda generación, potenciando estos últimos con el objeto de ofrecer una igualación de oportunidades en la vida nacional y un aseguramiento básico de una vida digna para todas las personas”;¹² lo cual se tiende alcanzar con un Estado activo promotor del bien común y regulador del proceso económico social, con la finalidad de alcanzar un bienestar básico mínimo, que debe proveer el Estado a través de prestaciones positivas, que deben traducirse en salud, educación, vivienda y otras materias¹³, que guardan relación con la idea de desarrollo humano.

¹¹ Cfr. LOSING, Norbert, Estado de Derecho y Debido Proceso Penal, en Anuario de Derecho Constitucional 1998, Ed. Ciedla, pág. 464.

¹² NOGUEIRA, Alcalá Humberto, El Constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 1, Ed. Universidad de Talca, Santiago 2003, pág. 135

¹³ Ibidem, pág. 135

Esta nueva concepción de Estado parte de la noción de la dignidad de la persona humana como valor supremo del orden jurídico y la convivencia social; postulado que es positivado por el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966, bajo la siguiente fórmula: "...la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables".

El ciclo de constitucionalismo social se inició con la Constitución de México de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, que surgió como consecuencia del compromiso y pacto social entre los sindicatos y las organizaciones patronales, a través de la mediación del Partido socialdemócrata, como alternativa a una situación revolucionaria originada por la derrota de Alemania. En virtud a este pacto, los sindicatos consiguieron una serie de ventajas sociales y reivindicaciones sindicales.

Del Estado de policía que sólo se ocupaba de garantizar el "orden público", que dejaba la economía al juego de las fuerzas del mercado, se llegó al Estado interventor, Estado benefactor, Estado de bienestar (Welfare State) o, desde el ámbito jurídico constitucional, al Estado Social y democrático de derecho; toda vez que las exigencias de carácter socio-económico en los diferentes países, pusieron de manifiesto la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía además en democracia social.

Esto determina un cambio en la actividad del Estado, que abandona en forma progresiva su postura abstencionista y recaba como propia una **función social**¹⁴. Y es que como pone de relieve Nogueira Alcalá "El Estado Social Democrático de Derecho o el Constitucionalismo social estructura una imbricación diferente entre principios generales de la organización constitucional del Estado y garantías de los derechos fundamentales"¹⁵, precisando luego que "En el Estado del constitucionalismo social los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos"¹⁶.

De manera general, el Constitucionalismo social hizo presencia en Latinoamérica con renovado contenido; pues, como bien anota el profesor Cifuentes "una de las características más notables, del constitucionalismo

¹⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 199, pág. 82-83

¹⁵ NOGUEIRA, Alcalá Humberto, op. cit., pág. 135.

¹⁶ Ibidem

Latinoamericano contemporáneo es su profunda vocación por lo social”¹⁷. Así, en lo que se refiere a nuestro País, (Bolivia), la Convención Nacional de 1938 introdujo en la Constitución institutos propios del constitucionalismo social, los cuales han sido mantenidos con leves modificaciones hasta la reforma a la Constitución de 20 de febrero de 2004, que de manera expresa estableció en el art. 1.II que Bolivia “Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia”.

No cabe duda que la norma glosada es una norma programática, en el sentido que constituyen un programa de accionar dirigido, en primera instancia, al legislador, pues es él quien debe fijar las condiciones en que esos servicios y asistencia social deben ser otorgados, en segunda instancia, al órgano ejecutivo para su efectivo cumplimiento, y finalmente al órgano judicial, para que actúe en consecuencia, velando porque las normas tanto constitucionales como legales de contenido social, sean debidamente aplicadas al caso concreto, de conformidad con la norma constitucional y las normas que la concretizan.

Lo señalado determina, a nuestro entender, que al ser Bolivia un Estado Social de Derecho, la obligación del Estado no es la de otorgar a todos los ciudadanos determinadas prestaciones, sino adoptar políticas que favorezcan a la efectiva materialización de los derechos sociales, y, en el marco de esas políticas, crear normas para lograr que esos derechos sean respetados; normas cuyo cumplimiento en tales circunstancias, sí podrán ser exigidas; punto de vista que no es compartido por un importante y autorizado sector de la doctrina que entiende que “...es necesario reconocer una categoría de los derechos esenciales o fundamentales que se encuentran implícitos, los que deben ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado y cautelados jurisdiccionalmente por los tribunales de justicia, lo que es comúnmente aceptado en el derecho comparado”¹⁸; precisando luego, en coherencia con lo señalado precedentemente, que “Así es posible concluir que el deber de sometimiento de todos los poderes a la constitución y, por tanto, a los derechos fundamentales o esenciales, se deduce no sólo la obligación del Estado y sus órganos de no lesionar la esfera individual o institucional de los

¹⁷ CIFUENTES Muñoz Eduardo, Interpretación de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Estado social de derecho caso colombiano, en Justicia Constitucional y Estado de Derecho, memoria N° 8, Sucre, 2005, pág. 129. Al aspecto positivo puesto de relieve por el profesor Cifuentes, habría que referir, otro de naturaleza negativa, cuando refiere en el párrafo siguiente que “...le ha correspondido a la Corte Constitucional de Colombia avanzar en esta materia, no obstante la resistencia opuesta de otros órganos del poder público al debido cumplimiento de la Constitución Política y en particular a esa dimensión de la Constitución que tiene que ver con los derechos económicos, sociales y culturales”.

¹⁸ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, ob. cit., pág. 147.

derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aún cuando no haya una pretensión subjetiva por parte de alguna persona”¹⁹.

7.- Estado Socialista y Derechos Humanos.

En el modelo Estados socialista, los derechos sociales ocupan un lugar primordial, al constituir los principios básicos de la estructura social y presidir el ejercicio de todas las libertades; en consecuencia, obligan a que se materialicen sus enunciados, tanto al gobierno como a los diferentes órganos sociales²⁰.

El pensamiento socialista entiende que los derechos sociales sólo pueden ser plenamente satisfechos en un Estado socialista, ya que “tan sólo el sistema social surgido de la revolución del proletariado se halla en condiciones de hacer efectivos para la mayoría de los ciudadanos, antes oprimidos y explotados, los derechos de carácter económico, cultural y social”.²¹

En consonancia como lo señalado, la Constitución Cubana, en su art. 1º establece que: “Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república uniaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar colectivo e individual y la solidaridad humana”.

Asimismo, el inc. b) del art. 9 determina que el “Estado, como poder del pueblo garantiza que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus propias necesidades;- que no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia; que no haya enfermo que no tenga atención medica; que no haya niño que no tenga escuela, alimentación y vestido; que no haya joven que no tenga oportunidad de estudiar; que no haya persona que no tenga acceso al estudio, la cultura y el deporte...” y, además señala que **trabaja por lograr “...que no haya familia que no tenga una vivienda confortable”**

De lo glosado se extrae que también en el modelo socialista de sociedad, hay derechos constitucionales de naturaleza programática, pues no otra cosa

¹⁹ Ibidem., pág. 147.

²⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., pág. 86.

²¹ Kulcsar, cit, por PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, op cit pág. 86.

surge de la expresión en sentido de que “Estado **trabaja por lograr que no haya familia que no tenga vivienda confortable.**”

5.- Ámbito De Protección del amparo constitucional.

5.1. Derechos y garantías tutelados mediante el amparo constitucional

No existe uniformidad de criterio en la legislación comparada, la doctrina, ni en la jurisprudencia, respecto a qué derechos deben ser protegidos por el amparo constitucional; pues mientras algunas Constituciones de manera taxativa establecen (generalmente a través de un catálogo) qué derechos fundamentales son objeto de tutela, otros optan por añadir a éstos los demás derechos constitucionales reconocidos en el texto de su Constitución; para finalmente otros, establecer que son tutelables, los derechos humanos consagrados en la Constitución, las leyes y los Tratados internacionales.

La diversidad de redacciones de la diferentes Constituciones en cuanto a la protección de derechos se refiere, ha movido a la doctrina a agrupar en tres, las diferentes tesis que propugnan la protección de los derechos vía tutela constitucional:

- 1. Tesis amplia:** Que preconiza que el amparo constitucional no sólo protege los derechos constitucionales distintos a la libertad individual, sino también a derechos consagrados en los instrumentos internacionales y leyes; es decir a aquellos derechos que no gozan de rango constitucional, pero que llegan a ser tutelados debido a una interpretación extensiva de una norma constitucional. Esa posición ha sido adoptada por México, que admite la procedencia del llamado “amparo- casación” o “amparo-recurso”, en defensa de la legalidad de las resoluciones judiciales, es decir, de la exacta aplicación de la ley²².

Dentro de este modelo también podría incluirse a la Constitución de la Nación Argentina, reformada el 22 de agosto de 1994, cuyo el art. 43 determina que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con

²² ABAD Yupanqui, Samuel, El proceso constitucional de amparo, en Derecho Procesal Constitucional, Jurista Editores, Lima-Perú, 2003, pág.329 y ss.

arbitrariedad o ilegalidad manifiesta **derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...**”.

El alcance de esta previsión constitucional ha sido objeto de amplio debate en la doctrina argentina; en sentido de que si con la nueva redacción, la protección que brinda el amparo no sólo abarcaría a los derechos constitucionales en sentido lato, explícitos o implícitos, sino también a los contenidos en tratados y **en leyes**; centrándose actualmente la discusión en la posibilidad de que aún se protejan los derechos contenidos en leyes no formales (Decretos, reglamentos, etc.).

2. **Tesis restrictiva:** Se agrupan a aquellas Constituciones que sólo protegen algunos derechos consagrados expresamente por la Constitución, generalmente aquellos derechos denominados de libertad, considerados como de aplicación directa y cuyo contenido esencial no está sujeto a una delimitación normativa secundaria, por ser derechos individuales que constituyen obligaciones negativas para el Estado, excluyéndose del alcance de protección del amparo a los derechos económicos, sociales y culturales, así como a los derechos colectivos o de los pueblos, salvo que estos tengan alguna conexión directa con algún “derecho fundamental”. Este razonamiento se sustenta en que esos derechos generan obligaciones positivas para el Estado, no resultando razonable que a través del amparo se obligue al Estado a asumir determinadas políticas estatales que, en la práctica alterarían el presupuesto general, así como las políticas estatales planificadas para la respectiva gestión económica²³.

Por otra parte, se ha señalado que uno de los problemas de los derechos sociales para adjudicarles el carácter de justiciables, es su falta de concretización.

A nivel jurisprudencial surgieron posiciones como la de la Corte Constitucional italiana, que fue extendiéndose a otros Tribunales, mediante las cuales se hace una distinción entre normas dispositivas (o de eficacia directa) y normas programática (sin eficacia directa y con sólo un compromiso moral de los poderes públicos y la ciudadanía para impulsar su cumplimiento). Así, en Italia la mayoría de los derechos sociales fueron incluidos dentro de esa condición de normas programáticas.

²³ RIVERA, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional*, op. cit., pág. 381 y ss.

Por otra parte, las Constituciones Europeas, fueron introduciendo límites a la protección jurisdiccional de estos derechos²⁴. Esto sucedió con la Constitución española, cuyo art. 53 sólo concede el amparo constitucional en defensa de los derechos contenidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo II del Primer Título, relativo a los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 15 a 29²⁵), preceptos que contemplan los derechos civiles y políticos de las personas. En consecuencia, a través del recurso constitucional no se pueden tutelar otros derechos que los expresados en esas normas.

Los derechos incluidos en la sección segunda del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución española²⁶, entre los que se encuentran algunos de los derechos sociales, conforme al art. 53, también vinculan a todos los poderes públicos y su contenido esencial debe ser respetado, empero, a

²⁴ La doctrina alemana restringe la concepción de derechos fundamentales a "la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho", tratando de esa manera de crear diversas categorías de derechos: aquellos de corte liberal, que tendrían la característica de su fundamentalidad, y, por lo mismo estarían por encima de otros derechos, como los económicos, sociales, culturales; a los cuales se les negaría esa característica, encontrándose en consecuencia, en un plano inferior.

Creemos que esa tesis no toma en cuenta los documentos internacionales sobre derechos humanos que establecen la indivisibilidad, interrelación en interdependencia de todos los derechos; toda vez que, conforme lo Establece la Comisión Interamericana, en el Informe Anual 1993-1994, "Toda distinción que se establezca entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales constituye una formulación categorizante que se aparta de la promoción y garantía de los derechos humanos".

En el mismo sentido, no se debe olvidar que la Declaración Universal de Derechos Humanos, determina en el art. 22 que "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad", y que similar entendimiento se encuentra en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, aprobado en 1966, que determina que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria...a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

A lo señalado, se debe agregar que cuando se cumplieron veinte años de la aprobación de la Declaración Universal, las Naciones Unidas organizaron una conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, donde surgió la Proclamación de 1968, que señaló que "los derechos humanos son indivisibles, la relación de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible".

En consecuencia, la tesis sostenida hoy en día por los organismos internacionales, es la inexistencia de diferenciación entre derechos civiles y sociales, resaltando más bien su carácter indivisible y de interdependencia.

²⁵ La Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, se refiere a los siguientes derechos: derecho a la vida y a la integridad física y moral, derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, derecho a la libertad física y a la seguridad, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, libertad de expresión, derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, legalidad, a la educación, a la libre sindicación, y a la petición. Derechos que tienen aplicabilidad directa y eficacia inmediata. Respecto del contenido esencial de estos derechos, la existencia de un recurso "preferente y sumario" para su protección en la jurisdicción ordinaria (amparo judicial) y la posibilidad de exigir el amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional, que también es aplicable a la objeción de conciencia.

²⁶ Derecho al matrimonio a la propiedad privada y la herencia, a la fundación, al trabajo, a la negociación colectiva laboral, a la libertad de empresa.

diferencia de los derechos contenidos en la Sección Primera, no son tutelables por el amparo judicial, como tampoco por el amparo constitucional.

Finalmente, respecto a los principios rectores de la Política Social y Económica, contenidos en el Capítulo Tercero del mismo Título²⁷, entre los que también se encuentran los derechos sociales, el art. 53.3) determina que el respeto y la protección de los principios reconocidos en ese capítulo informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y que sólo podrán ser alegados ante jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Conforme a esta norma, estos principios rectores, tampoco pueden ser tutelables por el amparo judicial ni el amparo constitucional.

Las críticas realizadas al Tribunal Constitucional respecto a los derechos sociales, refieren que ha realizado una lectura formalista y restrictiva del texto constitucional, ya que la fundamentalidad de un derechos sólo es establecida por el Tribunal por su ubicación en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, y el que tenga una reserva de ley orgánica. En este sentido, un sector de la doctrina española considera que si bien desde el punto de vista dogmático la tutela “no puede extenderse a derechos y libertades distintos a los reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, es lícito realizar una interpretación extensiva de tal ámbito, de manera que derechos que caen fuera de él puedan ser protegidos por este proceso de modo indirecto. Así, puesto que el derecho de igualdad del artículo 14 puede darse en conexión con otros, cabe introducir a éstos en dicha protección reforzada a través de aquel. Esto sería posible porque el principio de igualdad se encuentra presente o incide en otros derecho.”²⁸

Sin embargo, como bien precisa Gómez Amigo, ello no introduce ninguna ampliación fuera del marco establecido por los artículos 14 al 29 de la constitución, dado que “la vulneración evidente de un principio del capítulo tercero, puede servir para poner de manifiesto una lesión, en principio no tan aparente aunque efectiva, del principio de igualdad; pero será esta última la única alegable en el proceso de amparo constitucional.”²⁹

²⁷ Protección social, económica y jurídica de la familia, protección integral de los hijos, promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico, régimen público de seguridad social, salvaguardia de derechos económicos y sociales, derecho a la salud, cultura, derecho a un medio ambiente sano, conservación y promoción del enriquecimiento histórico cultural y artístico, derecho a la vivienda, participación de la juventud, defensa de los consumidores, etc.

²⁸ GÓMEZ Amigo, Luis, la Sentencia Estimativa de amparo, Ed. Aranzadi, Madrid, 2001, Pág. 56.

²⁹ Ibidem, pág. 57.

La legislación colombiana presenta similar contenido. En efecto, art. 86 constitucional, determina que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Conforme al precepto aludido, a través de la acción de tutela sólo es posible proteger los derechos constitucionales fundamentales que, desde una interpretación literal de la norma, sólo serían los comprendidos en los artículos 11 al 41, que contempla a los derechos civiles y políticos; esto implica que esta protección reforzada sólo alcanza a los **derechos constitucionales**, “**no a derechos que solo tengan piso legal y**, menos derechos que tienen como fuente un acto administrativo o un contrato.”³⁰

No obstante lo anotado, la Corte Constitucional, no ha sido unívoca respecto a qué derechos deben ser considerados fundamentales, y más bien ha renunciado al sistema de *numerus clausus* como criterio para determinar el objeto protegido por la tutela, optando por establecer criterios que sirven de pauta para determinar cuándo un derecho es de tal estirpe. Así, en el fallo T-002 de 1992, la Corte de Constitucionalidad señaló que la ubicación de un artículo en el capítulo I del título II de la Constitución es un criterio insuficiente para determinar la fundamentalidad de un derecho, ya que esa posición es accidental y no fue una decisión del constituyente³¹

Bajo la idea de que la fundamentalidad es un concepto jurídico indeterminado que debe ser analizado por el juez en cada caso particular, la Corte de constitucionalidad estableció dos criterios rectores para la determinación sobre cuándo se está frente a un derecho tutelable vía amparo: **1.** que el derecho sea esencial para la persona, y **2.** que el derecho tenga reconocimiento de fundamental por parte del constituyente. Para la Corte, es esencial un derecho si es inalienable o inherente a la persona (Sentencia T-002 de 1992).

Además de lo señalado, la Corte también estableció criterios auxiliares para determinar la fundamentalidad de un derecho, conforme a lo siguiente: 1. que se refiera a un derecho consagrado por pacto internacional aprobado por Colombia (art. 93 CN), 2. Que se trate de un derecho ubicado en el capítulo

³⁰ CORREA HENAO, Nestor Raúl, *Derecho procesal de la Acción de Tutela*, Fundación Cultural Javeriana, Bogotá, 2001, pág. 63.

³¹ CORREA Henao, Néstor Raúl, *op. cit.*, pág.66

1 del título II de la Constitución 3. Que se refiera a un derecho de aplicación directa (art. 85 CN); y , 4. Que se trate de uno de los derechos que tienen un plus para su modificación, entre ellos, el del referendo (art. 377 CN)³²; **Tesis intermedia:** A través del amparo se tutelan todos los derechos consagrados en la constitución además de aquellos derechos reconocidos en los pactos internacionales.

Este es el criterio seguido por la Constitución de Ecuador, que en el art. 95 establece: “Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función judicial designado por la Ley. Mediante esta acción, que tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier **derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente**, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.”

Similar norma se encuentra en el art. 27 de la Constitución de Venezuela, que señala que “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos...”

³² Sin embargo, Correa Henao, entiende que los criterios auxiliares en sentido estricto son sólo dos, al expresar que “...como procuro demostrar a continuación, yo estimo que sólo los dos primeros conceptos mencionados son criterios auxiliares.

Primero, el último criterio auxiliar se confunde con el segundo. En efecto, la única disposición que tiene un plus para su modificación es el artículo 377 de la Carta, que afirma que deberán someterse a referendo las reformas de “los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II”, de suerte que este concepto se confunde con el segundo de los criterios auxiliares, o sea, el que hace alusión a los artículos 11 a 41 de la Constitución, pues remite expresamente a las mismas disposiciones.

Segundo, el tercer criterio auxiliar también se subsume en el segundo. Todo derecho de aplicación inmediata está ubicado en el capítulo 1 del Título II de la Constitución. Y como el segundo criterio auxiliar es más extenso que el tercero, es lógico prescindir de este último.

Si esto es así, los criterios auxiliares para que el juez de tutela decida si un derecho constitucional es tutelable son sólo dos: que el derecho esté en un pacto internacional sobre derechos humanos aprobado por Colombia (art. 93 CN) y que el derecho figure en el capítulo 1 del título II de la Constitución.

Destáquese de paso que la ubicación de un derecho en el capítulo I del Título II de la Constitución, o sea entre los artículos 11 y 41, es aquí únicamente un criterio auxiliar, mientras que para la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, éste es el único criterio válido para estimar si un derecho es fundamental, lo cual privilegia una interpretación exegética. Cfr. Correa Henao, Néstor Raúl, ob. Cit. Pág. 68.

6.- El rol de la Justicia Constitucional.

Con Aguiar de Luque, podríamos definir a la Justicia Constitucional como “aquel conjunto de instrumentos de carácter jurisdiccional que tienen por objeto hacer realidad en la vida jurídica de un país la operatividad normativa de la Constitución, esto es, dotar a dicho texto de virtualidad en cuanto norma jurídica a la que de este modo han de adecuar su actuación los poderes públicos”³³; concepto al cual, me parece necesario, agregar algunos comentarios adicionales que el mismo profesor Aguiar hace a propósito del concepto propuesto, que se expresan del siguiente modo:

1. “...la Justicia Constitucional es **una función de carácter jurídico**, sometida a parámetros jurídicos (solo en la medida en que la Constitución sea norma jurídica tiene sentido hablar de Justicia Constitucional) y guiada en su modo de actuar por la lógica y el método jurídico y no por criterios de oportunidad política, pese a que con frecuencia los efectos de sus decisiones hayan de trascender del caso concreto y estén dotadas de efectos generales.”
2. “...en todo caso se compecece mal con la idea misma de Justicia Constitucional una interpretación que trascienda de los propios enunciados constitucionales su pretexto de la realización de unos valores metaconstitucionales.”

Consecuentemente, el rol que de manera más o menos uniforme, otorgan las constituciones del sistema adscritas al sistema de justicia constitucional, es la de resolver las distintas problemáticas jurídicas que se presentan a consecuencia de sus tres principales ámbitos de acción que se otorga: el control normativo de constitucionalidad, los conflictos de competencia entre poderes y la protección de los derechos fundamentales.

7.- Conclusiones.

Atento a las premisas expuestas y el razonamiento que precede, que no es aislado sino que al contrario goza buena resonancia doctrinal³⁴ y en los mismos órganos jurisdiccionales, nuestra toma de posición debe merecer una detenida

³³ AGUIAR de Luque Luis, Alcances y límites de la Justicia Constitucional, en Jornadas de Justicia Constitucional, San José, 1982, Pág. 70.

³⁴ En la misma dirección se expresa Miguel Ángel Montañés Pardo. Cfr: MONTAÑEZ Pardo, Miguel ángel, Hábeas Corpus y Amparo Constitucional. Derechos que Protegen, en Memorial del II Seminario Taller Nacional sobre Derechos y garantías constitucionales, Sucre, 2003., págs. 114 y ss.

y madura reflexión, no sólo en lo que hace a la tutela de los derechos sociales, sino en las demás parcelas de los derechos, cuya protección se le encomienda, generalmente, a la Justicia Constitucional. Conforme a esto, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

Primera: el carácter extensivo que se le puede dar a la Justicia Constitucional, sobre todo en el campo de los derechos sociales, tiene un justificativo político y social inexpugnable; sin embargo, la experiencia muestra que los usuarios del sistema, atraídos por el incremento de las expectativas que los ciudadanos se hacen respecto a lo que puede hacer la Justicia Constitucional en respuesta a sus reivindicaciones sociales³⁵, provoca un incremento procesal a cada órgano, por el excesivo número de causas que ingresan; situación que es fácilmente comprobable.

En efecto, el año 1980 ingresaron al Tribunal Constitucional español **218 recursos de amparo**. En 1985 esos 218 iniciales se incrementan a 969; cinco años más tarde, esto es, el **1990, la cifra alcanzó a 2.893**. Los datos estadísticos anotados deben ser analizados en la realidad española, caracterizada por tener, de un lado, un filtro importante en la **judicatura ordinaria**³⁶ y de otro, una posición bastante mesurada en relación a los tribunales latinoamericanos. De cualquier manera, la mora que acusa el Tribunal Constitucional español está cerca de los dos años.

En mi País (Bolivia) ha ocurrido lo propio, el período 1999-2000, ingresaron 480 amparos, para luego, en el periodo comprendido entre el 2003 y 2004, incrementarse este número a 1503; encontrándose actualmente el Tribunal en una mora judicial de al menos cinco meses.

Segunda: La mora judicial atenta contra el carácter sumarísimo del amparo y la protección inmediata de los derechos fundamentales, que tiene ese recurso como cometido.

Tercera: Cuando se brinda una protección extensiva a cualquier derecho constitucional, que por su estructura no es de aplicación directa, se está incrementando la protección a derechos no tutelables, lo que inevitablemente incide en el flujo procesal, determinando que la protección inmediata no alcance ni a aquellos derechos que están debidamente definidos por la norma constitucional como tutelables, ni a aquellos derechos que protegemos por extensión.

³⁵ AGUIAR de Luque, Luis, ob. cit. Pág. 83.

³⁶ Ibidem, pág. 84

Cuarta: Al brindar una protección extensiva, surgen tensiones con el parlamento, dado que si bien la protección que se brinda es de naturaleza jurídica, tiene un amplio contenido político, dado que esa decisión extensiva debe ser adoptada por el legislador, que tiene la facultad de concretizar los ámbitos de aplicación de los derechos, en especial, los sociales.

Quinta: La protección que la Justicia Constitucional otorga a los derechos fundamentales, debe guardar consonancia directa con la estructura normativa del precepto constitucional vulnerado o con la norma de desarrollo que concretiza tal precepto.

Sexta: Como lo hemos podido apreciar en nuestra parte introductoria, en nuestros países fluye una vocación proclive a la justicia material en materia social por vía extensiva; pero debemos sopesar todas las consecuencias que esa decisión conlleva, atentos a las reflexiones anotadas, que no son recetas acabadas sino simples apuntes para la reflexión y el análisis detenido.

Gracias